

JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

CHAMAMENTO PÚBLICO N.º 005/2023

PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º PR2023.07/CLHO-00698

IMPUGNANTE: INSTITUTO IMS GESTÃO EM SAÚDE

OBJETO: Seleção de Organização da Sociedade Civil para a prestação de serviços médicos especializados para atendimento às unidades de saúde do município de Coelho Neto no período de 12 (doze) meses, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste instrumento.

Trata o presente instrumento de resposta ao Recurso Administrativo apresentado pela empresa **Instituto IMS Gestão em Saúde**, pessoa Jurídica de Direito Privado, inscrita no CNPJ 20.180.756/0001-77, com sede Avenida Santos Dumont, 1740, sala 710, Aldeota, Fortaleza/CE, CEP 60.150-161.

I- DA ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Conforme previsto no item 7.2 do Edital, o pedido de impugnação será analisado se recebido em até 5 (cinco) dias úteis antes da data de recebimento e abertura dos envelopes.

A data de abertura da sessão está marcada para o dia 09/10/2023 e a impugnação encontra-se data de 25/09/2023, portanto reconhece-se a tempestividade do pedido.

II- DAS IMPUGNAÇÕES APRESENTADAS

A impugnante visando a reforma do Edital aponta as supostas irregularidades conforme segue:

02. RESUMO FÁTICO.

O município de Coelho Neto - MA instaurou procedimento público, na modalidade de Chamamento Público, e publicou o edital ora impugnado, sob



o n. 005/2023, com a finalidade de promover a [...] Seleção de Proposta, para a celebração de parceria com a Prefeitura Municipal de COELHO NETO, visando à formalização de TERMO DE COLABORAÇÃO, para a consecução de finalidade de interesse público e recíproco que envolve a transferência de recursos financeiros à OSC, conforme condições estabelecidas neste Edital e seus Anexos.

A IMPUGNANTE, contudo, ao verificar as condições editalícia se deparou com um completo desvirtuamento dos Termos de Parceria e Contratos de Gestão Compartilhada (Termo de Colaboração, Termo de Fomento e Acordo de Cooperação), cuja utilização pelos Entes Públicos é legítima e lícita, desde que respeitadas as diretrizes legais inerentes àquele formato de atuação conjunta entre Estado e Particular, em especial as entidades do Terceiro Setor.




Isto porque se verifica que o intuito do presente Chamamento Público é, na verdade, uma **indevida terceirização de mão-de-obra** para atendimento de área prioritária que é a Saúde Pública, em verdadeira burla aos princípios constitucionais da legalidade e da impessoalidade, por ausência de realização de procedimento licitatório e/ou concurso público para contratação de serviços médicos.

Conforme se demonstrará adiante, portanto, o Edital ora impugnado está eivado de ilegalidades insanáveis em sua própria essência e razão de ser, devendo ser, de pronto, declarado nulo pela Administração Pública, à luz do que dispõe a Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal.

03. DO DIREITO. DESCUMPRIMENTO DA LEI 13.019/2014. ILEGALIDADE INSANÁVEL.

De início, verifica-se que o Ente Público Municipal fundamenta o Chamamento Público nos ditames da Lei 13.019/2014, mais precisamente nomeando o instrumento jurídico a ser firmado com a entidade habilitada como TERMO DE COLABORAÇÃO, conforme se constata do item 1 do Edital, que delimita a finalidade do Chamamento Público.

Ocorre que, conforme se depreende da análise detida das condições editalícias, o Instrumento Convocatório ora impugnada viola frontalmente as disposições previstas na supramencionada Lei, visto que, de acordo com o art. 16 da citada norma, o Termo de Colaboração é o instrumento de parceria entre Administração e Entidade Privada, como as OSCIP, **nas situações em**

que o plano de trabalho é PROPOSTO PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Por outro lado, o instrumento adequado para firmar tais parcerias quando o Plano de Trabalho é proposto pela entidade privada é o Termo de Fomento, que goza de regras e diretrizes próprias, distintas daquelas inerentes ao Termo de Colaboração, senão vejamos:

Art. 16. O termo de colaboração deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho de sua iniciativa, para celebração de parcerias com organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015).

Parágrafo único. Os conselhos de políticas públicas poderão apresentar propostas à administração pública para celebração de termo de colaboração com organizações da sociedade civil.

Art. 17. O termo de fomento deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho propostos por organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015).

Todavia, conforme se constata em inúmeros pontos do Edital de Chamada Pública, este Ente Municipal se eximiu, **ilegalmente**, da elaboração de Plano de Trabalho para a execução de uma **suposta gestão compartilhada** dos serviços públicos de promoção à saúde de Coelho Neto/MA, **não fazendo sequer menção ao dito Plano de Trabalho, no qual deveriam constar todas as regras, diretrizes, atribuições e rotinas de fiscalização.**

No entanto, as ilegalidades verificadas no Edital ora impugnado não se limitam a tratada neste capítulo, visto que é justamente a ausência de um plano de trabalho que evidencia o mais grave: **o desvirtuamento de uma Parceria Público-Privada em uma indevida terceirização total da mão-de-obra estatal destinada à promoção da saúde**, quando deveria ocorrer, nos limites da lei, através de Termos de Parceria, Termos de Colaboração ou Termos de Fomento, à luz dos dispositivos legais pertinentes



04. DESVIRTUAÇÃO DA PARCERIA ENTRE ESTADO E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL.

Conforme já brevemente delineado alhures, os setores de saúde (CF, art. 199, caput), educação (CF, art. 209, caput), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “são deveres do Estado e da Sociedade” e que são “livres à iniciativa privada”, permite a atuação dos particulares na promoção de tais direitos sociais.

No caso das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), tem-se que o marco legal, fixado pela **Lei 9.790/99**, inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e **da participação na Administração Pública**, mediante **critérios objetivamente** traçados nos Editais próprios de Chamamento Público.

Portanto, as “OSCIP” são entidades privadas, sem fins lucrativos, identificadas como “terceiro setor” por atuar em complementação ao Estado naquelas atividades socialmente relevantes, sem, contudo, integrar a Administração. Tais entidades se dispõem a manter “**parcerias**” com o Poder Público com a finalidade de desenvolver atividades valiosas para a coletividade e que são livres à atuação da iniciativa privada, conquanto algumas delas, quando exercidas pelo Estado, se constituam em serviços públicos.

A mencionada parceria entre as Organizações da Sociedade Civil e o Poder Público se concretizam por meio dos Termos de Parceria, com previsão legal no art. 9º, da Lei 9.790/99, ou, ainda, pelos Instrumentos previstos na Lei 13.019/14. A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, ao executar qualquer um desses instrumentos, celebra ajustes para contratar obras, serviços, produtos e pessoal, utilizando-se, muitas vezes, de verba pública repassada/transferida.

No entanto, como objeto PRIMORDIAL E INDISSOCIÁVEL da mencionada parceria é uma verdadeira **DELEGACÃO, mediante PARCERIA isto é - parcial, da gestão de serviços públicos sociais**, dentre



eles, os serviços de saúde e educação. Diante da opção por celebrar tais parcerias, o Poder Público deixa de ser o gerenciador de unidades hospitalares e passa a desempenhar o papel de fiscalizador dos serviços.

Não se confunde, portanto, com uma mera terceirização da mão de obra ou contratação de serviços específicos e individualizados. O Termo de Colaboração tem natureza jurídica mais associativa do que comutativa, **com definição de critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade**, ou seja, não se trata de um pacto no qual se fixam deveres e obrigações certas, recíprocas e equivalentes (prestação de um serviço específico tendo como contrapartida uma prestação pecuniária).

Na verdade, a entidade realiza a atividade de gestão constante do instrumento de parceria **de acordo com as metas OBJETIVAMENTE fixadas em plano de trabalho a serem alcançadas**, envolvendo, em diversas situações, a transferência do uso de bens públicos, de recursos orçamentários, além da cessão de servidores públicos, o que, evidentemente, faz ressoar o caráter de cooperação e colaboração decorrente do Termo de Colaboração.

Entretanto, o que se verificou, conforme já amplamente exposto nesta impugnação, foi uma **contratação direta - isto é, sem a realização de procedimento licitatório - de Organização da Sociedade Civil para a prestação de serviços médicos nas unidades de saúde do Município de Coelho Neto**, sem quaisquer definições de metas e planos objetivos, já que, como se viu acima, a Administração se eximiu de elaborar o plano de trabalho pertinente.

O item 2 do Edital, que trata do objeto do Termo de Colaboração, por si só, já demonstra se tratar de contratação pura e simples de mão de obra, no caso, serviços médicos, vejamos:

Confirma-se, tal desvirtuamento, ainda, pela simples leitura do Anexo II Termo de Referência, **a descrição dos serviços que se busca contratar, incluindo quantidade, preço unitário, preço mensal e anual, sem qualquer definição de diretrizes ou mesmo sinalização de que se trata de uma Gestão Compartilhada de aparelhos públicos, mas tão somente a contratação de mão de obra direta, conforme se observa:**



Percebe-se que o Edital, na forma que se encontra, está viabilizando a contratação de profissionais da saúde ao arrepio do Princípio da Legalidade, sem realização do competente procedimento licitatório.

Diante de tais considerações, é salutar o destaque a respeito da ilegalidade na contratação de Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil para a execução de atividades acessórias à própria gestão associativa de que trata a modalidade de prestação de serviços essenciais à sociedade prevista na Lei 9.790/1999 e na Lei 13.019/2014.

A contratação pública para fins da prestação de serviços públicos específicos que não estejam relacionados com a **transferência/delegação da gestão pública sobre, exemplificativamente, unidades de Saúde, a partir de critérios e metas objetivos de PARCERIA entre o Ente Público e entidade parceira, mas sim com a mera terceirização de mão de obra**, não pode ser concretizada por meio de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, **sob pena de desvirtuamento dos instrumentos legítimos de parceria previstos em Lei**, em direta violação ao que dispõe a Legislação supramencionada.

O mencionado desvirtuamento, se realizado pelos gestores Municipais ou Estaduais pode ocasionar, a depender das circunstâncias, **em consequências nas searas da improbidade administrativa e criminal**, por afronta à Lei de Responsabilidade Fiscal, já que a contratação de mão de obra em substituição à mão de obra de servidores (o que ocorre quando se contrata meramente serviços acessórios a título de contrato de gestão indevidamente) não se submete ao limite das despesas com pessoal do Poder Público, como se depreende do entendimento do TCUI no Acórdão 2444/2016. Vejamos:

9.1.2. os fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.923 confirmam que os contratos de gestão celebrados com organizações sociais não consistem em contratação de terceirizados. Embora, na prática, o TCU tenha observado, em várias situações, a contratação de organizações sociais apenas para servirem de intermediárias de mão de obra, tal fato não é motivo legítimo para que o instrumento seja tratado como se terceirização o fosse. Se bem utilizado, o contrato de gestão celebrado com organizações sociais pode e deve trazer benefícios;



9.1.3. o art. 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) e o art. 105 da Lei de Diretrizes Orçamentárias 2016 (Lei 13.242/2015) exigem apenas a contabilização dos gastos com contratos de terceirização de mão de obra que se referem a substituição de servidores e empregados públicos e a contratação de pessoal por tempo determinado; assim, nem todo gasto com terceirização de mão de obra o legislador elegeu para fazer parte do cálculo do limite de despesa com pessoal.;

Se depreende, de uma interpretação a *contrario sensu*, que os Termos de Parceria e Termos de Colaboração, como amplamente exposto nesta impugnação, **não podem ser confundidos e nem transmutados indevidamente em um contrato de intermediação de mão-de-obra e nem vice versa**, sob pena de ilegalidades graves com repercussões, inclusive, pessoais em face dos gestores públicos.

Embora seja reconhecida a possibilidade de utilização de tais instrumentos pela Administração Pública com o fito de viabilizar as parcerias entre Organizações da Sociedade Civil e o Poder Público na consecução dos objetivos da Lei 9.970/90, nos últimos anos o termo de colaboração e os termos de parceria vem sendo utilizado de maneira ilícita, desvirtuando o objetivo legal acima tratado, numa verdadeira burla aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, protegidos constitucionalmente.

Em síntese, há uma verdadeira burla ao postulado da contratação mediante processo licitatório, em virtude de não serem observados os princípios a este inerente, agindo as organizações sociais contratadas como verdadeiros intermediadores de mão-de-obra, sem que haja, na prática, uma comunhão de esforços entre Organização Social/Organização da Sociedade Civil de Interesse Público e o Poder Público, o que deveria ocorrer para que se tratasse de uma legítima parceria prevista na Legislação supra.

Após as razões da impugnação, passo a análise.

III- DA ANÁLISE DOS PONTOS APRESENTADOS

1. DA NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE PLANO DE TRABALHO PELA ADMINISTRAÇÃO.



Conforme apresentando pela impugnante, a Lei Federal 13.019/2014, em seu artigo nº 16, determina que na celebração de termo de colaboração deve, a administração pública, apresentar plano de trabalho de sua iniciativa.

Art. 16. O termo de colaboração deve ser adotado pela administração pública para consecução de **planos de trabalho de sua iniciativa**, para celebração de parcerias com organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros.

O plano de trabalho centraliza todo o planejamento necessário para a execução da colaboração, com o intuito de traçar um esboço das possíveis medidas a serem tomadas para que se torne possível a conquista do objeto avençado, reduzindo-se a possibilidade de insucesso.

Dentro desse contexto, o artigo 116 da Lei no 8.666/93 prevê que o plano de trabalho deve conter os seguintes elementos:

- I – identificação do objeto a ser executado;
- II – metas a serem atingidas;
- III – etapas ou fases de execução;
- IV – plano de aplicação dos recursos financeiros;
- V – cronograma de desembolso;
- VI – previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;
- VII – se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia,

O plano de trabalho mencionado nos permite estabelecer quais são os objetivos que queremos conseguir num determinado período de tempo, os problemas que vamos enfrentar e a metodologia que usaremos para isso, definindo aspectos como o orçamento disponível, os recursos humanos alocados ou a cronologia prevista para o seu desenvolvimento.



A elaboração do Plano de trabalho compete à organização da sociedade civil, sendo a concepção das ações **no termo de colaboração parametrizadas pela administração pública municipal em um plano de trabalho referencial, devendo ser sempre garantida a OSC a possibilidade de complementação ou de adequação à sua realidade (Plano de trabalho consolidado).**

Dessa forma, deve-se proceder com a suspensão do chamamento público e consequente inserção do plano de trabalho, conforme determina o artigo supramencionado.

Ante o exposto, ASSISTE RAZÃO a impugnante quanto a ausência do plano de trabalho e necessidade de sua apresentação por parte da Administração Pública.

2. DA DESVIRTUAÇÃO DA PARCERIA ENTRE ESTADO E OSC.

A impugnante alega que o objeto apresentado no Edital e Termo de referência trata de mera terceirização de mão-de-obra estatal, o que, em tese, fugiria completamente do que se propõem o termo de parceria apontado no Edital, tal conclusão se daria diante da ausência de critérios objetivos de avaliação de desempenho e ausência do plano de trabalho referencial o qual definiria os parâmetros a serem seguidos pela OSC na apresentação do Plano de trabalho consolidado.

Por derradeiro, a impugnante aponta que a celebração de parceria entre a Administração Pública e a OSC deve tratar de delegação de competência, onde a Administração, passa a ser fiscal, e não mais gestora, das unidades de saúde alcançadas pela parceria.

O objeto apontado, qual seja: **“Seleção de Organização da Sociedade Civil para a prestação de serviços médicos** especializados para atendimento às unidades de saúde do município de Coelho Neto no período de **12 (doze) meses**, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste instrumento.”, inicialmente, não remete a simples contratação de mão-de-obra terceirizada, entretanto, ao analisar a descrição do objeto, prevista no item 1.2 do Termo de referência, verifica-se a presença de preços unitários, mensais e anuais, previsão essa que somente se justificaria caso tratasse de outras modalidades de contratação, para a contratação pretendida deve o plano de trabalho referencial estipular a forma de remuneração a ser apresentada para a OSC, e em momento posterior deve ser apresentado plano de trabalho consolidado, pela OSC,




com indicação dos valores a serem pagos mediante o cumprimento das metas a serem estipuladas.

Ante o exposto, ASSISTE A RAZÃO a impugnante no que tange a necessidade de correção da descrição presente no item 1.2 do Termo de Referência, devendo as informações quanto a descrição, remuneração e, execução serem previstas no Plano de trabalho a ser apresentado, conforme já definido no item 1 deste julgamento.

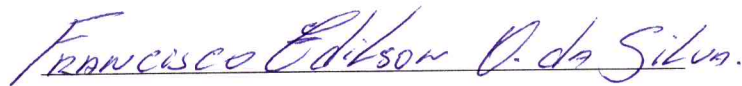
IV- CONCLUSÃO

Conforme analisado acima, em respeito ao instrumento convocatório e em estrita observância aos princípios que regem os procedimentos licitatórios, **CONHEÇO** a impugnação apresentada pela empresa **Instituto IMS Gestão em Saúde**, em razão a sua tempestividade, para no **MÉRITO, DAR-LHE TOTAL PROVIMENTO** ao pleito formulado.

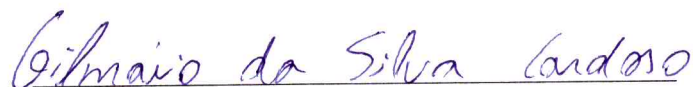
Coelho Neto - MA, 02 de Outubro de 2023



Presidente



Membro



Membro